

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.233 vom 10. Januar 2023

BS Appellationsgericht, 2023-01-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.233

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.233 du 10 janvier 2023

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.233 del 10 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 12. Oktober 2022 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zum Entscheid ist nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Er ist somit gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig erhobenen Rekurs ist einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Tatbestand unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.290 vom 15. Januar 2019 E. 1.3).

1.3 Im Rekursverfahren vor Verwaltungsgericht gilt das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Die Rekurrierenden haben ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschlegler/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; VGE VD.2018.140 vom 8 Mai 2019 E. 1.3, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3; zum Ganzen

VGE VD.2019.239 vom 28. Januar 2020 E. 1.3).

E. 2

Mit seinem Rekurs hält der Rekurrent an seiner Rüge einer Verletzung seines rechtlichen Gehörs fest.

2.1 Zunächst rügt der Rekurrent, dass ihm vom Migrationsamt die Wegweisungsverfügung (act. 4/1 S. 21 ff.) und das Formular «Anspruch rechtliches Gehör bezüglich der Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen» (act. 4/1 S. 18 ff.) gleichzeitig ausgehändigt worden seien. Diese Rüge ist berechtigt, was das JSD in vorinstanzlichen Entscheid bereits implizit anerkannt hat (act. 1 S. 3). Die Anhörung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs setzt notwendigerweise einen von der Behörde bereits in Aussicht genommenen Entscheid voraus. Sie erfolgt daher begriffsnotwendig nicht «im offenen Feld» (VGE VD.2021.256 vom 14. Juni 2022 E. 2.2.2 mit Hinweis auf VD.2022.71 vom 4. April 2022 E. 3.3, VD.2016.136 vom 26. Juni 2017 E. 3.5, VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 3.3.1). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist aber verletzt, wenn der Entscheid schon vor der Anhörung faktisch feststeht (VGE VD.2021.256 vom 14. Juni 2022 E. 2.2.3 mit Hinweis auf BGer 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2 und 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 6.5; Urteil des BVGer A-6277/2014 und A-7515/2014 vom 29. Juni 2016 E. 3.3.2). Dies ist dann der Fall, wenn eine Verfügung bereits gleichzeitig mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs ausgehändigt wird, ohne dass eine Äusserung der betroffenen Person noch einen Einfluss auf den bereits getroffenen Entscheid haben kann. Mit seinem Vorgehen hat das Migrationsamt daher das rechtliche Gehör des Rekurrenten verletzt.

2.2 Hingegen kann dem Rekurrent mit seiner Rüge weiterer Verletzungen seines rechtlichen Gehörs im Verfahren des Migrationsamts nicht gefolgt werden.

2.2.1 Zunächst rügt der Rekurrent die Verwendung eines Standardformulars für die Wegweisungsverfügung. Diese habe widersprüchliche Angaben enthalten und könne daher gar keine Rechtswirkung entfalten. Implizit macht er damit eine Verletzung seines Anspruchs auf Begründung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) geltend. Daraus folgt, dass aus einem Entscheid die Überlegungen hervorgehen müssen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid abstützt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Die Entscheidbehörde darf sich auf die für den Entscheid wesentlichen Argumente beschränken (vgl. zum Ganzen VGE VD.2022.19 vom 14. August 2022 E. 3.1.2 mit Hinweis auf VGE VD.2019.184 vom 2. Dezember 2019 E. 2.2, VD.2015.222/223 vom 2. Juni 2016 E. 2.5.1; BGE 137 II 266 E. 3.2, 134 I 83 E. 4.1, 133 III 439 E.

3.3; Rhinow/■Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4. Auflage, Basel 2021, N 343 ff.).

Mit seiner Rüge bezieht sich der Rekurrent in tatsächlicher Hinsicht darauf, dass in der Verfügung vom 15. September 2022 (act. 4/1 S. 30) von einer «Wegweisung aus der Schweiz sowie dem Schengen-Raum beziehungsweise aus der Europäischen Union» die Rede ist, während im selben Formular nicht eine Ausreisefrist zum Verlassen der Europäischen Union, sondern eine Wegweisung zum Verlassen der Schweiz angekreuzt wird (act. 4/1 S. 31). Die Verfügung ist damit tatsächlich widersprüchlich. Es geht aber klar aus ihr hervor, dass der Rekurrent nur zur Ausreise aus der Schweiz angehalten worden ist.

Warum er dies aufgrund der angekreuzten Kästchen auf dem Formular nicht verstanden haben sollte, ist nicht nachvollziehbar. Tatsächlich war dem rechtlich vertretenen Rekurrenten als EU-Bürger die Tragweite der Wegweisung klar, wie aus der Rekursbegründung seiner Rechtsbeiständin im vorinstanzlichen Verfahren hervorgeht (act. 4/1 S. 93). Unzutreffend ist auch die Behauptung des Rekurrenten, dass eine Verfügung mit widersprüchlichen Angaben gar keine Rechtswirkung entfalten könne. Die Verfügung war daher zu berichtigen, nicht aber wirkungslos.

2.2.2 Weiter rügt der Rekurrent als Verletzung der Begründungspflicht, dass zur Begründung der von ihm ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung einzig seine Vorstrafen aufgelistet würden. Aus der Verfügung werde weder ersichtlich, welche Rechtsgüter das Migrationsamt als gefährdet erachte, noch, welche Verhaltensweisen vom Rekurrenten erwartet würden. Es sei somit nicht klar ersichtlich, welche Vermutungen der Rekurrent entkräften müsste, damit die von ihm ausgehende Gefahr nicht mehr angenommen würde. Darin kann dem Rekurrent nicht gefolgt werden. Aus dem Verweis auf die Strafurteile mit explizitem Hinweis auf die begangenen Straftaten geht klar hervor, gegen welche Rechtsgüter der Rekurrent verstossen hat. Damit hat das Migrationsamt im Verfügungsverfahren hinreichend begründet, aufgrund welcher Delinquenz sie von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Falle seines Verbleibs in der Schweiz ausgegangen ist. Dem Rekurrenten war es aufgrund dieser Begründung ohne Weiteres möglich, die angenommene Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schweiz zu bestreiten. Eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs liegt insoweit nicht vor.

2.2.3 Der Rekurrent macht weiter geltend, das JSD sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass er der deutschen Sprache genügend mächtig gewesen sei, um die Verfügung zu verstehen. Soweit er sich dabei auf die Ausübung des rechtlichen Gehörs bezieht, braucht darauf nicht eingetreten zu werden, da ihm sein Recht auf Äusserung nicht gewährt und bereits damit sein rechtliches Gehör verletzt worden ist (vgl. E. 2.1). Über die Ansprüche angeklagter Personen in Strafverfahren gemäss Art. 6 Ziff. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) hinaus besteht kein Anspruch auf Übersetzung von Verfügungen. Dies gilt auch im Migrationsrecht. Der Rekurrent macht nicht geltend, dass er keinen Zugang zur Übersetzung hatte, was angesichts des Umstands, dass er rechtlich vertreten war und ist, auch nicht nachvollziehbar wäre.

2.2.4 Schliesslich rügt der Rekurrent, es sei nicht ersichtlich, weshalb das Formular betreffend die Gewährung des rechtlichen Gehörs bezüglich der Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahme vom 15. September 2022 nicht seiner Rechtsbeiständin zugestellt worden sei. Vorliegend hat sich die Rechtsbeiständin des Rekurrenten mit Mail vom 15. September 2022 an einen Mitarbeiter des Vollzugs des Migrationsamts gewandt. Das Migrationsamt hat das Mail am Folgetag an den zuständigen Sachbearbeiter weitergeleitet, welcher umgehend mit der Rechtsbeiständin Kontakt aufgenommen hat (vgl. act. 4/1 S. 39 f., 44 f.). Nachdem das Migrationsamt die Verfügung bereits am 15. September 2022 dem Strafvollzug zur Eröffnung an den Rekurrenten selber unterbreitet (act. 4/1 S. 17) und der Strafvollzug die Verfügung gleichentags dem Rekurrenten eröffnet hatte, bestand am 16. September 2022 kein Anlass mehr, das Formular der Rechtsbeiständin nach erfolgtem Entscheid zuzustellen. Es ist nicht erkennbar, dass der Rekurrent dadurch in seinem Anspruch auf Verbeiständung tangiert worden ist. Der Rekurrent konnte sich umgehend an seine Rechtsbeiständin wenden, welche in der Folge gegen die Verfügung Rekurs erhob.

E. 2.3

2.3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zwar formeller Natur, womit seine Verletzung im Grundsatz ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zu dessen Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197, 135 I 187 E. 2.2 S. 190; VGE VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.3.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs jedoch ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über die gleiche Prüfungsbefugnis (Kognition) wie die Vorinstanz verfügt (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2, 133 I 201 E. 2.2, 129 I 129 E. 2.2.3, 126 I 68 E. 2; VGE VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.3.1, VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 3.3.1, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 1175; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 548; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 271). Bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist eine Heilung dagegen nur anzunehmen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2, 133 I 201 E. 2.2; VGE VD.2020.262 vom 13. April 2021 E. 9.4.7, VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.3.1, VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 3.3.1, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548).

2.3.2 Unter Verweis auf diese Grundsätze ist das JSD von einer Heilung ausgegangen. Der Rekurrent habe sich im vorinstanzlichen Verfahren umfassend äussern können. Die Heilung der Gehörsverletzung führe nicht zugunsten der Verwaltung zu einem Resultat, das bei korrekter Vorgehensweise nicht hätte erzielt werden können. Ausserdem verfüge das JSD über dieselbe Kognition wie das Migrationsamt. Eine Rückweisung würde zu einem formalen Leerlauf führen. Demgegenüber weist der Rekurrent darauf hin, dass ihm eine Rechtsmittelinstanz verloren gehe. Es liege eine besonders gravierende Gehörsverletzung vor und es dürfe nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass das Migrationsamt gleich entschieden hätte, wenn es ihn angehört hätte und sein Vorbringen, eine Arbeitsstelle in Basel in Aussicht zu haben, hätte berücksichtigen können.

Es liegt kein Anhaltspunkt vor, dass das JSD seine Kognition respektive die von ihm vorgenommene Prüfungsdichte eingeschränkt hätte. Zudem kann dem Vorbringen des Rekurrenten offensichtlich nicht gefolgt werden, was bei der materiellen Beurteilung zu begründen sein wird. Das JSD ist daher zu Recht von einer Heilung der erfolgten Verletzung des rechtlichen Gehörs des Rekurrenten ausgegangen.

E. 3

In der Sache strittig ist die Zulässigkeit der Wegweisung des Rekurrenten aufgrund der Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit sofortiger Vollstreckbarkeit gemäss Art. 64d Abs. 2 lit. a des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SG 142.20).

3.1 Zur Begründung hat das JSD erwogen, eine Wegweisungsverfügung sei zu erlassen, wenn eine Ausländerin oder ein Ausländer die Einreisevoraussetzungen von Art. 5 AIG nicht oder nicht mehr erfülle (Art. 64 Abs. 1 lit. b AIG). Dabei dürften Ausländerinnen und

Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, nach Art. 5 Abs. 1 lit. c AIG keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz darstellen. Stelle die betroffene Person eine solche Gefahr dar, so sei die Wegweisung sofort vollstreckbar oder mit einer Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen zu verbinden (Art. 64d Abs. 2 lit. a AIG).

In tatsächlicher Hinsicht hat das JSD darauf verwiesen, dass der Rekurrent wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (Strafbefehl vom 6. Juni 2020), wegen Übertretung der COVID-19-Verordnung (Strafbefehl vom 26. Mai 2019) und wegen mehrfachen Betrug und geringfügigem Diebstahl (Strafbefehl vom 21. Mai 2019) zu Ersatzfreiheitsstrafen von drei Tagen, einem Tag und vier Tagen verurteilt worden sei. Zudem verbüsse er aufgrund des Urteils des Strafgerichts Basel-Stadt vom 21. Oktober 2021 wegen mehrfachen Diebstahl, geringfügigem Vermögensdelikt (Diebstahl), mehrfachen Hausfriedensbruch, mehrfacher Hinderung einer Amtshandlung, mehrfachedem Fahren in fahruntüchtigem Zustand und mehrfacher Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG, SR 812.121) eine Freiheitsstrafe von sieben Monaten. Es sei unerheblich, dass das rechtskräftige Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 21. Oktober 2021 in Abwesenheit des Rekurrenten gefällt worden sei. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung umfasse die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner. In diesem Sinne liege ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet würden (vgl. Art. 77a Abs. 1 lit. a der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 [VZAE; SR 142.201]). Mit den erfolgten Verurteilungen des Rekurrenten lägen mannigfaltige Verstösse gegen die Gesetzgebung vor.

Entgegen der Auffassung des Rekurrenten könne er sich auch nicht auf das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedern andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) berufen, da dessen Anwendung eine abkommensrechtliche Freizügigkeitskonstellation bzw. ein solches Aufenthaltsrecht voraussetze (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_1005/2017 vom 20. August 2018 E. 2.3 sowie 6B_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.1 ff.). Er mache zwar geltend, dass er eine Arbeitsstelle in Basel in Aussicht habe und seine Freundin hier wohne, reiche hierfür aber keine Belege ein. Deshalb könne er sich auf kein freizügigkeitsrechtliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz berufen. Im Übrigen könne ein solches auch durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien, eingeschränkt werden (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Solche Gründe lägen aufgrund seiner Verurteilung durch das Strafgericht vom 21. Oktober 2021 vor, zumal auch Verurteilungen wegen Vermögensdelikten allein eine Beschränkung eines freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs erlaubten. Entsprechend habe auch das SEM mit Entscheid vom 16. September 2022 eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA angenommen sowie eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bejaht und eine Einreiseperrre gegen den Rekurrenten angeordnet.

Schliesslich erwog das JSD, dass dieses öffentliche Interesse an der Wegweisung des Rekurrenten aus der Schweiz schwer wiege und dessen privates Interesse am Verbleib überwiege, zumal eine Rückkehr an seinen aktuellen Wohnsitz in Frankreich oder nach Portugal nicht unverhältnismässig und demnach zumutbar sei.

3.2 Mit seinem Rekurs hält der Rekurrent der Begründung des JSD entgegen, dass er am Tag seiner Verhaftung mit seinem Ausweis als EU-Bürger legal in die Schweiz eingereist sei, um seinen Aufenthalt und sein Arbeitsverhältnis in der Schweiz zu klären. Er sei bei einer Routinekontrolle angehalten worden und müsse eine in Abwesenheit ausgesprochene Freiheitsstrafe aufgrund von Delikten, die er hauptsächlich in den Jahren 2018 bis 2020 begangen habe, verbüssen. Er habe seit längerem nicht mehr delinquent und es fehlten objektive Anhaltspunkte, dass von ihm eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehe. Für die Anwendung von Art. 64d Abs. 2 lit. a AIG reiche zudem eine beliebige Bedrohung nicht aus. Diese müsse vielmehr aktuell und so schwerwiegend sein, dass sie einen raschen Vollzug der Abschiebung rechtfertige. Das JSD habe nicht dargelegt, dass vorliegend ein sofortiges Handeln notwendig gewesen sei. Die sofortige Wegweisung müsse die Ausnahme bleiben. Es lege nicht dar, welche Gefahr konkret von ihm ausgehe, welche Rechtsgüter er gefährdet habe und warum ihm Jahre nach seinem deliktischen Verhalten noch eine schlechte Legalprognose zu attestieren sei. Seine bedingte Entlassung aus seinem erstmaligen Strafvollzug sei aufgrund seiner positiven Legalprognose erfolgt. Die spezialpräventive Wirkung des Strafvollzugs sei in der Begründung des Entscheids des Amts für Justizvollzug vom 2. August 2022 in keinsten Weise berücksichtigt worden. Die blosser Aufzählung von Vorstrafen reiche nicht aus, eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu begründen. Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung setze gemäss Art. 77a Abs. 2 VZAE voraus, dass er diese mit erheblicher Wahrscheinlichkeit künftig nicht beachten werde. Dafür beständen keinerlei Anhaltspunkte. Da sich der vom JSD angewendete Art. 77a Abs. 1 VZAE gemäss explizitem Hinweis einzig auf den Widerruf von Bewilligungen beziehe, sei die Bestimmung im vorliegenden Zusammenhang ohnehin nicht einschlägig.

Weiter hält der Rekurrent an seinem Vorbringen fest, dass er sich auf das FZA berufen könne. Er sei in die Schweiz gereist, um eine Arbeitsstelle anzutreten, wofür er noch einige Formalitäten hätte regeln müssen, wie die Erneuerung seiner Ausweispapiere, die Unterzeichnung des Arbeitsvertrages oder die Beantragung einer Aufenthaltsbewilligung. Bereits diese Vorbereitungshandlungen würden vom FZA abgedeckt. Unabhängig davon sei das Ziel von Art. 1 lit. a FZA die Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie des Rechts auf Verbleib in der Schweiz. Als EU-Bürger, der nicht zu deliktischen Zwecken, sondern zur Aufnahme einer legalen Erwerbsmöglichkeit in die Schweiz eingereist sei, könne er sich deshalb auf das FZA berufen, auch wenn er noch eine Freiheitsstrafe habe verbüssen müssen. Aufgrund der Geltung der uneingeschränkten Offizial- und Untersuchungsmaxime hätte das Migrationsamt die relevanten Beweise einholen müssen, die innert der kurzen Rechtsmittelfrist nicht hätten beigebracht werden können. Es sei ihm daher eine angemessene Frist zur Einreichung der Unterlagen anzusetzen, welche aus Sicht der angerufenen Instanz für die Entscheidungsfindung relevant seien. Eine Einschränkung der freizügigkeitsrechtlichen Ansprüche aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei nur mit äusserster Zurückhaltung möglich und setze einen erheblichen Verstoß gegen hohe Rechtsgüter voraus. Entfernungs- bzw. Fernhaltungsmassnahmen setzten somit eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung durch die betroffene Person voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Nicht jede Verletzung nationalen Rechts genüge hierfür.

E. 4

4.1 Der Rekurrent ist portugiesischer Staatsangehöriger und somit EU-Bürger, weshalb das AIG in Bezug auf seine Person nur soweit gilt, als das FZA keine abweichende Bestimmung enthält oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht (vgl. dazu Art. 2 Abs. 2 AIG). Der Rekurrent stützt sich dabei auf einen Aufenthaltsanspruch zur Arbeitssuche gemäss Art. 2 Ziff. 1 Abs. 2 Anhang I FZA. Dabei ist allerdings festzustellen, dass der Rekurrent im Zeitpunkt seiner Anhaltung in der Schweiz noch gar keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat. Als Wohnadresse gab er vielmehr auch damals die Adresse [...] in [...] an. Er macht auch nicht geltend, bei seiner Anhaltung Effekten mitgeführt zu haben, welche ihm einen dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz ermöglicht hätten (vgl. Effektenverzeichnis vom 27. April 2022, act. 4/1 S. 3). Er hat zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Angaben gemacht, wo und wie er sich in der Schweiz aufhalten wollte. Auch eine Arbeitssuche hat er nicht ansatzweise konkretisiert oder gar belegt. Sein diesbezüglicher Hinweis auf den Grundsatz der Amtsermittlung ist unbehelflich. Zwar gilt im ausländerrechtlichen Verfahren wie allgemein in der Verwaltungsrechtspflege der Untersuchungsgrundsatz (BGer 2C_165/2018 vom 19. September 2018 E. 2.2.1, 2C_58/2017 vom 23. Juni 2017 E. 2.2.1); dieser wird aber durch die Mitwirkungspflicht der Betroffenen relativiert. Ausländerinnen und Ausländer sind gemäss Art. 90 AIG verpflichtet, an der Feststellung des für die Anwendung des Gesetzes massgebenden Sachverhalts mitzuwirken. Diese Mitwirkungspflicht kommt naturgemäss insbesondere bei Tatsachen zum Tragen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die ohne Mitwirkung einer Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erhoben werden können (BGer 2C_125/2019 vom 14. November 2019 E. 3.2, 2C_782/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.2.4, 2C_1008/2015 vom 20. Juni 2016 E. 3.3). Falls bestimmte Tatsachen für die Behörden nicht oder nur schwer zugänglich sind, ergeben sich Mitwirkungspflichten auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (VGE VD.2021.97 vom 2. Dezember 2021 E. 6.3.2). Vorliegend kann nur der Rekurrent selber allfällige eigene Arbeitssuchbemühungen kennen. Der anwaltschaftlich vertretene Rekurrent bedurfte dabei auch nicht der behördlichen Unterrichtung, was er zum Beleg seiner Eigenschaft als arbeitssuchender Aufenthaltler hätte vorweisen müssen. Daraus folgt mit den Erwägungen des JSD, dass sich der Rekurrent nicht auf einen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch berufen kann (vgl. auch BGer 2D_23/2020 vom 21. August 2020 E. 3.1.3 ff.).

4.2 Nach Art. 64 Abs. 1 lit. b AIG erlassen die zuständigen Behörden eine ordentliche Wegweisungsverfügung, wenn eine Ausländerin oder ein Ausländer die Einreisevoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c AIG dürfen sie keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schweiz darstellen.

Es ist unbestritten, dass der Rekurrent mit Strafbefehl vom 21. Mai 2019 wegen mehrfachem Betrug und geringfügigem Diebstahl zu einer in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelten Busse von CHF 400.─ verurteilt worden ist. Mit Strafbefehl vom 21. Oktober 2021 wurde er des mehrfachen Diebstahls, des geringfügigen Diebstahls, mehrfacher Hausfriedensbrüche, mehrfacher Hinderung einer Amtshandlung, des mehrfachen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand mit einem motorlosen Fahrzeug und der mehrfachen Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten verurteilt. Nicht bestritten ist mit dem entsprechenden Hinweis des JSD im angefochtenen Entscheid (act. 1 S. 5), dass der Rekurrent bereits mit Urteil des Appellationsgerichts SB.2015.118 vom 7. November 2017 des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit grosser Gesundheitsgefährdung

schuldig gesprochen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt worden ist. Der Rekurrent delinquierte damit mehrfach und regelmässig im Bereich der Vermögensdelikte und der Betäubungsmittelkriminalität. Von dieser Delinquenz liess er sich auch durch strafrechtliche Verurteilungen offensichtlich nicht abbringen. Bei einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten, nachdem bereits früher eine bedingte Freiheitsstrafe von 12 Monaten hat ausgesprochen werden müssen, handelt es sich offensichtlich nicht um eine Bagatelle, wie der Rekurrent geltend macht. Vielmehr genügt für die Begründung einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, dass mit erheblicher Wahrscheinlichkeit weitere Missachtungen gesetzlicher Vorschriften und behördlicher Verfügungen zu erwarten sind (Art. 77a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 VZAE). Entgegen der Auffassung des Rekurrenten besteht kein Grund, die Konkretisierung des Begriffs «öffentliche Sicherheit und Ordnung» in den Art. 58a Abs. 1 lit. a, Art. 62 Abs. 1 lit. c und Art. 63 Abs. 1 lit. b AIG, welche sich primär auf die Beachtung respektive den Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung bezieht, nicht auch auf den identischen Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c AIG zu beziehen. Entsprechend wird von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c AIG auch bei minder schwerer Delinquenz ausgegangen (vgl. VGer BE 100.2021.218 vom 1. Februar 2022, in: BVR 2022, S. 285 ff., 293; vgl. auch den Sachverhalt in BGer 2C_23/2020 vom 21. August 2020).

Der Rekurrent kann aus seiner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug vom 19. September 2022 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Bei der Beurteilung der Rückfallgefahr gilt im Ausländerrecht praxisgemäss ein strengerer Massstab als im Straf- und Strafvollzugsrecht (BGE 137 II 233 E. 5.2.2; BGer 2C_1141/2012 vom 1. Mai 2013 E. 2.3; VGE VD.2021.268 vom 14. April 2022 E. 3.4.2, VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 5.2.5). Auch wenn die Vollzugsbehörde mit ihrem Entlassungsentscheid vom 2. August 2022 angenommen hat, dass der Rekurrent aus der erstmaligen Verbüssung einer Freiheitsstrafe «die nötigen Lehren für ein inskünftig deliktfreies Leben gezogen hat» (act. 4/1 S. 60), muss sich die Migrationsbehörde dieser Einschätzung aufgrund der über Jahre fortgesetzten Delinquenz nicht anschliessen. Mit der entsprechenden Beurteilung durch das SEM (vgl. Einreiseverbot vom 15. September 2022, act. 4/1 S. 81) besteht «ein spezialpräventiv begründetes gewichtiges öffentliches Interesse an einer Fernhaltung» des Rekurrenten, «um künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung» durch ihn zu verhindern.

4.3 Nach dem Gesagten ist der Rekurs in der Sache abzuweisen.

E. 5

Diesen Ausgang des Verfahrens in der Sache hat das JSD zutreffend auch bei seinem Kostenentscheid berücksichtigen dürfen. Der Rekurrent weist aber zu Recht darauf hin, dass die Verletzung seines rechtlichen Gehörs zumindest bei diesem Kostenentscheid hätte berücksichtigt werden müssen (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 554; BGE 126 II 111 E. 7b S. 125). Der Rekurrent konnte sich im vorinstanzlichen Verfahren erstmals zur Sache äussern, weshalb für dieses keine Spruchgebühr erhoben werden kann. Zudem ist der Rechtsbeiständin des die unentgeltliche Verbeiständung beantragenden Rekurrenten eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Der Rekurrent liess im vorinstanzlichen Verfahren die Einreichung einer Honorarnote seiner Rechtsbeiständin in Aussicht stellen. Eine solche wurde nicht eingereicht, weshalb die angemessene Entschädigung behördlich festzusetzen ist. Angemessen erscheint dabei ein Aufwand von

knapp vier Stunden zum ordentlichen Überwälzungstarif von CHF 250.■. Unter Einschluss der notwendigen Auslagen ist ihr daher im Rahmen von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 11 lit. a der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810) eine Parteientschädigung von CHF 1'000.■ zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. dazu VGE VD.2021.244 vom 6. Juli 2022 E. 5.1). Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im verwaltungsinternen Rekursverfahren ist aufgrund der Zuspriechung einer den entsprechenden Aufwand deckenden Parteientschädigung an die Rechtsbeiständin des Rekurrenten gegenstandslos geworden.

E. 6

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Rekurrent mit Bezug auf den Entscheid des JSD in der Sache, obsiegt aber mit Bezug auf den vorinstanzlichen Kostenentscheid. Der Rekurrent hatte daher mit Bezug auf den Kostenentscheid Anlass zum Rekurs. Demgegenüber erscheint sein Rekurs in der Sache nach dem Gesagten als aussichtslos, zumal dem JSD in allen Teilen zu folgen ist. Die Gewinnaussichten mussten daher bereits vor der Rekursergreifung als beträchtlich geringer als die Verlustgefahren eingeschätzt werden. Vor diesem Hintergrund hätte sich eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung nicht zu einem Prozess entschlossen (BGE 139 III 396 E. 1.2, 138 III 217 E. 2.2.4, 133 III 614 E. 5; VGE VD.2019.187 vom 9. März 2020 E. 2.2.1).

6.2 Vor diesem Hintergrund kann aufgrund des teilweisen Obsiegens und zur Vermeidung von Weiterungen beim Inkasso auf die Erhebung einer Gebühr für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren verzichtet werden. Das JSD hat den Rekurrenten mit Bezug auf den angemessenen Vertretungsaufwand für einen Rekurs gegen den vorinstanzlichen Kostenentscheid zu entschädigen. Der Rekurrent hat auch in diesem Verfahren die Nachreichung einer Honorarnote in Aussicht stellen lassen, eine solche aber nicht eingereicht. Für die Rekuserhebung und -begründung in Bezug auf den vorinstanzlichen Kostenentscheid erscheint ein Aufwand von einer Stunde zum Ansatz von CHF 250.■ angemessen. Hinzu kommt der Auslagenersatz von CHF 30.■ (§ 23 Abs. 1 Honorarreglement [HoR, SG 291.400]) sowie Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen (§ 24 HoR). Aufgrund des Antrags auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist diese Parteientschädigung wiederum der Rechtsbeiständin zuzusprechen.

Mit Bezug auf den Rekurs in der Sache unterliegt der Rekurrent, weshalb ihm kein Anspruch auf Entschädigung seiner Vertretungskosten zusteht. Sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist aufgrund der Aussichtslosigkeit seines Rekurses in der Sache abzuweisen (siehe oben E. 6.1).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.